

Le Corti Salernitane

Quadrimestrale di giurisprudenza, dottrina e legislazione

Anno XII

n. 3, 2015



Edizioni Scientifiche Italiane

Comitato di direzione: Alberto Amatucci, † Vincenzo Buonocore, Giovanni Capo, Gabriele Carapezza Figlia, Rosario Carucci, Matteo Casale, Eugenio Caterina, Giuseppe Celia, Paola D'Addino, Antonio D'Alessio, † Andrea Antonio Dalia, Laura De Nicola, Francesco De Santis, Franco De Stefano, Ignazio Della Malva, Francesco Dente, Alessio Di Amato, Giuseppe Di Genio, Giuseppe Fauceglia, Andrea Federico, Stefano Fiorentino, Maria Cristina Folliero, Luigi Iannicelli, Mariassunta Imbrenda, Lorenzo Ioele, Olga Itri, Luigi Kalb, Lorenzo Lentini, Loris Lonardo, Luigi Majello, Barbara Marucci, Caterina Miraglia, Gianfranco Mobilio, Americo Montera, Costantino Montesanto, Gaetana Paesano, Massimo Panebianco, Carolina Perlingieri, Giovanni Perlingieri, Pietro Perlingieri, Pasquale Pistone, Angela Principe, Roberto Rosapepe, † Paolo Scarano, Antonio Scarpa, Silverio Sica, Beniamino Spirito, Maria Antonietta Urciuoli, Daniela Valentino, Camillo Verde, Rodolfo Vitolo.

Comitato di redazione: Rosa Maria Agostino, Rosanna Colucci, Marcello D'Ambrosio, Menita Giusy De Flora, Emanuele Indraccolo, Michele Laperuta, Federica Lazzarelli, Anna Malomo, Daniela Marrani, Rosanna Pagliuca, Immacolata Prisco, Dario Scarpa.

Segreteria di Redazione: Edizioni Scientifiche Italiane, Via Chiatamone, 7, 80121, Napoli; e-mail: lecortisalernitane@gmail.com

La Rivista ha adottato un Codice etico, consultabile all'indirizzo <http://publicationethics.org/resources/guidelines> ed è dotata di un sito web: www.edizioniesi.it/lecortisalernitane.

La pubblicazione di ogni scritto è subordinata ad un processo di valutazione ad opera di blind referees

Criteri di selezione dei lavori pubblicati. Questa rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva al fine di verificare la corrispondenza dei lavori ad un elevato livello di qualità scientifica. A tale scopo il comitato di direzione si avvale di uno o più componenti del comitato di valutazione. La procedura di valutazione è svolta in modo da garantire l'anonimato dell'autore e del valutatore. Il giudizio potrà essere positivo, positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche, negativo.

Comitato di valutazione: Carlo Amatucci, Daria Coppa, Carmine Donisi, Valerio Donato, Ernesto Fabiani, Antonio Flamini, Marco Galli, Marialuisa Gambini, Manlio Lubrano di Scorpianiello, Francesco Macioce, Lorenzo Mezzasoma, Ferdinando Parente, Mauro Pennasilico, Pierluigi Portaluri, Vito Rizzo, Giuseppe Recinto, Geremia Romano, Francesco Tuccari.

I provvedimenti (completi degli estremi necessari per la pubblicazione, e cioè data di deposito e numero cronologico, nomi dei giudici, delle parti e degli avvocati, ecc.) ritenuti di interesse per la Rivista, con le eventuali annotazioni, dovranno essere contenuti su *files* formato Word (o compatibile) ed inviati (preferibilmente a mezzo posta elettronica) alla Segreteria di Redazione. Il materiale potrà essere consegnato anche alla Segreteria del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Salerno.

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 93 del 23/09/2003.

Responsabile Gaetano Pecora.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.

INDICE SOMMARIO

DIRITTO CIVILE

R. CARMINA, *Lo strano caso dell'illusoria generalizzazione dell'apparentia iuris in tema di rappresentanza* p. 445

M. RIMOLI, *Il caso Formigli: le derive irrazionali del danno non patrimoniale* p. 461

Contratto di *interest rate swap* – Contratto aleatorio unilaterale – Non meritevolezza di tutela nel sistema ordinamentale – Nullità – Sussistenza; Trib. Salerno, Sez. I, 2 maggio 2013, n. 1126; con nota di A. MALOMO, *Interest rate swap: sproporzione e immeritevolezza nel caso concreto* p. 476

DIRITTO COMMERCIALE

R.M. AGOSTINO, *Profili patrimoniali delle reti d'impresa tra diritto dei contratti e diritto delle organizzazioni* p. 503

I. COPPOLA, *Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento* p. 522

M. GIOBBI, *Home banking e tutela dei dati personali* p. 537

R. MONGILLO, *Riflessioni a margine della registrabilità di marchi non convenzionali alla luce della nuova normativa europea* p. 555

S. PIACENTINI, *La disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria con particolare riguardo al diritto di recesso* p. 569

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Spese giudiziali civili – Sentenza di appello – Gravi carenze linguistiche – Ricorso per cassazione – Compensazione delle spese – Sussistenza; Cass., III Sez. civ., 14 agosto 2014, n. 17960; con nota di F. BIANCHI D'URSO e G. CINQUE, *Lingua italiana e sentenze: un rapporto talvolta difficile* p. 593

DIRITTO TRIBUTARIO

M.G. DE FLORA, *L'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente ed il diritto al contraddittorio procedimentale* p. 605

Lo strano caso dell'illusoria generalizzazione dell'apparentia iuris in tema di rappresentanza

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Dal presunto *genus* dell'apparenza del diritto alla *species* di creazione giurisprudenziale-dottrinale della rappresentanza apparente. – 3. Ulteriori valutazioni critiche.

1. Secondo buona parte della dottrina l'esigenza di garantire la speditezza dei traffici giuridici costituirebbe la *ratio* principale del principio di apparenza del diritto. Esso infatti garantisce una piena tutela del terzo che fa affidamento in buona fede sull'altrui manifestazione di volontà, espressa anche per fatti concludenti. Da un canto l'altrui condotta che ingenera affidamento creerebbe un obbligo, quantunque la dichiarazione non corrisponda all'interno volere. Dall'altro la rappresentanza apparente e la rappresentanza senza potere presenterebbero la comune caratteristica dell'assenza in capo al presunto rappresentante di un potere che lo legittimi.

Tuttavia gli effetti che producono i due istituti sarebbero sensibilmente diversi: mentre nel primo caso l'atto non produrrebbe alcun effetto¹, nel secondo, in presenza di particolari presupposti che illustreremo in seguito, avrebbe ripercussioni sul presunto rappresentato. Il criterio che determinerebbe questa duplicità di risultati è stato qualificato dalla dottrina come principio dell'apparenza del diritto. Dal matrimonio celebrato da un apparente ufficiale dello stato civile² agli atti posti in essere dal mandatario prima di venire a conoscenza dell'estinzione del mandato³; dall'usucapione decennale, che comporta l'acquisto della proprietà⁴,

¹ Infatti, il rimedio che appresta il nostro ordinamento in caso di negozio concluso con un *falsus procurator*, è l'esercizio di un'azione diretta ad ottenere l'inefficacia del negozio, prima di una sua eventuale ratifica, e il risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo.

² L'art. 113 c.c. chiarisce che «si considera celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile il matrimonio che sia stato celebrato dinanzi a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente le funzioni, a meno che entrambi gli sposi, al momento della celebrazione, abbiano saputo che la detta persona non aveva tale qualità».

³ L'art. 1729 c.c. stabilisce che «gli atti che il mandatario ha compiuti prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi eredi».

⁴ L'art. 1159 c.c. sancisce che «colui che acquista in buona fede da chi non è proprietario un immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietà e che sia stato debitamente trascritto, ne compie l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione».

al pagamento effettuato al creditore apparente⁵; dalla simulazione⁶ all'acquisto di diritti da parte dell'erede apparente⁷; dalle annotazioni sul libretto del deposito a risparmio dell'impiegato di banca addetto al servizio, che vincolano l'istituto creditizio,⁸ fino al pagamento al creditore cessionario da parte del debitore ceduto prima della notifica della cessione⁹: questa variegata serie di norme espressamente codificate dal Legislatore fonderebbe la sua *ratio* sul principio dell'apparenza del diritto¹⁰.

⁵ L'art. 1189 c.c. prevede che «Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede. Chi ha ricevuto il pagamento è tenuto alla restituzione verso il vero creditore secondo le regole stabilite per la ripetizione dell'indebitito».

⁶ Il 1° comma, dell'art. 1415 c.c. dispone che «la simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione». Il 1° comma, dell'art. 1416, chiarisce che «la simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato».

⁷ Il 2° e 3° comma, dell'art. 534 c.c. decretano che «sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede. La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente».

⁸ Il 2° comma, dell'art. 1835 c.c., prescrive che «le annotazioni sul libretto, firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio, fanno piena prova nei rapporti tra banca e depositante».

⁹ L'art. 1264 c.c. statuisce che «la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata. Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione».

¹⁰ Per approfondire la questione dell'apparenza del diritto, oltre i limiti della presente trattazione, si vedano, senza pretese di completezza, A. FALZEA, *Apparenza* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 682, il quale definisce l'apparenza come «una situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale». Nell'apparenza, a dire di tale illustre giurista, «un fenomeno (materialmente presente e immediatamente reale) manifesta un altro fenomeno (non materialmente presente né immediatamente reale). Lo manifesta non attraverso simboli ma *rebus ipsis ac factis*, in base a normali connessioni empiriche». Cfr. anche, C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1984, p. 123, secondo cui «chi crea l'apparenza di una condizione di diritto o di fatto è assoggettato alle conseguenze di tale condizione nei confronti di chi vi abbia fatto ragionevole affidamento». A detta di L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1994, p. 343, «l'apparenza di diritto è una relazione fra due fenomeni, per cui una situazione di fatto, immediatamente presente e reale, manifesta per illazione o rinvio, cioè segnala una situazione giuridica facendola apparire come reale, mentre in realtà

La maggioranza degli autori che negano l'esistenza di un principio generale di apparenza ammette comunque l'applicazione analogica della normativa sull'apparenza¹¹ oppure ricorre ad altre ricostruzioni che approdano ad esiti analoghi.

Risulta utile chiarire fin da ora quali dovrebbero essere i caratteri essenziali di tale fattispecie che, per il tramite dell'*analogia iuris* o dell'*analogia legis* o sulla base di altre strutturazioni dogmatiche, a secondo dell'orientamento prescelto, trova un'applicazione generalizzata¹². In questa prospettiva l'apparenza del diritto viene qualificata al modo di una «situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale»¹³. Essa si caratterizzerebbe per la presenza di tre aspetti fonda-

non esiste o esiste con modalità diverse da quelle segnalate». Si vedano ulteriormente, senza pretese di completezza, M. BESSONE, M. DI PAOLO, *Apparenza* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1. ss. R. SACCO, *La dichiarazione apparente*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, pp. 123 ss.; G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, Roma, 1934, pp. 17 ss.; C. TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 1996, pp. 426 ss.; P. LAGHEZZA, *Rappresentanza apparente obiettiva e colpevole*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 451 ss.; S. PALMA, *La rappresentanza apparente: una questione ancora aperta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 223 ss.; M. DELLA CASA, *Associazioni non riconosciute e limiti statutari dei poteri di rappresentanza: regole di diritto comune e tutela dell'affidamento del terzo*, in *Giur. it.*, 2001, pp. 10 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. Mengoni (a cura di), in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1984, pp. 29 ss.; G. DE NOVA, *La rappresentanza*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1982, pp. 1 ss.; P.M. VECCHI, *Apparenza e rappresentanza tollerata*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, pp. 399 ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 1 ss.; E. ROPPO, *Apparenza di procura ed imputazione al dominus degli effetti del contratto stipulato dal "mandataire apparent"*, in *Foro it.*, 1971, pp. 375 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità da inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pp. 1 ss.

¹¹ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, pp. 1138 ss., secondo il quale, il principio di apparenza del diritto è «un fantasma che si aggira per il massimario della Cassazione» per cui «come ogni fantasma [...] alle luci del giorno, si dissolve». Di questo avviso anche A. TORRENTE, *Nota a Cassazione Civile, 14.12.1957, n. 4703*, in *Foro it.*, 1958, pp. 391 ss.

¹² A detta di una parte della dottrina l'apparenza si dovrebbe nettamente distinguere dall'inesistenza in quanto il titolare apparente di un diritto soggettivo e il legittimato apparente sarebbero titolari di posizioni giuridiche soggettive equivalenti. L'apparenza sarebbe espressione di una realtà materiale e sarebbe astrattamente idonea a far produrre l'esistenza di un ulteriore realtà, per cui potrebbe essere individuata solo in relazione a questa sua peculiarità. Cfr. sul punto R. SACCO, *Apparenza* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, pp. 306 ss.; M. BESSONE, M. DI PAOLO, *Apparenza* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 4 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, pp. 327 ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 97 ss.

¹³ M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 714.

mentali: l'apparenza semplice, l'affidamento e la buona fede¹⁴. Per quel che concerne l'apparenza semplice, questa costituisce l'elemento oggettivo della fattispecie in esame e si potrebbe definire come l'insieme di circostanze univoche e obiettive che giustificano l'erroneo convincimento del terzo. L'affidamento, invece, consisterebbe in un'erronea opinione ragionevole e incolpevole, in quanto non riconducibile a un difetto di normale diligenza e non ricollegabile al dolo o alla colpa del terzo. Infine la buona fede dovrebbe avere un carattere oggettivo. La concluzione delle circostanze dovrebbe risultare tale da far ritenere che qualunque soggetto nella situazione data si sarebbe comportato nello stesso modo. Ciò nondimeno l'oggettività della buona fede sarebbe pur sempre relativa, perché è impossibile escludere *a priori* che il terzo non sia a conoscenza o non sarebbe potuto essere a conoscenza dell'assenza di legittimazione effettiva¹⁵.

L'*apparentia iuris* viene anche distinta in due sottocategorie¹⁶: quella pura e quella colposa. Nel caso di apparenza pura le caratteristiche che abbiamo già passato in rassegna sarebbero sufficienti a dare prevalenza alla tutela del terzo; l'apparenza colposa, invece, richiederebbe il concorso colposo o doloso del titolare del diritto¹⁷. La stessa dottrina maggioritaria che non rico-

¹⁴ Cfr. R. GALLI, *Appunti di diritto civile*, Padova, 2008, pp. 117 ss.

¹⁵ Com'è noto, la buona fede è una condizione psicologica rilevante per il diritto in quanto produttiva di conseguenze giuridiche. Si distingue tra due categorie autonome di buona fede: quella soggettiva: è lo stato psicologico di chi ignora di ledere una situazione giuridica altrui; quella oggettiva: è il generale dovere di correttezza che si esplica in un obbligo di lealtà nei rapporti tra i soggetti. Sul punto, tra gli altri, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 1 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 537 ss.; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, pp. 2039 ss.; T. PASQUINO, *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 523 ss.

¹⁶ *Ex multis*, Cass., Sez. II, 9 marzo 2012, n. 3787, consultabile *on line*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 1501 ss.; Cass., Sez. lav., 1 ottobre 1997, n. 9594, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, pp. 248 ss.

¹⁷ Si pensi all'ipotesi in cui è stato riconosciuto l'obbligo per un ente religioso di pagare le cambiali firmate da una suora che, sebbene avesse un ruolo importante nell'Istituto, non aveva alcun potere rappresentativo dello stesso (Trib. Milano, 5 febbraio 1970, in *Riv. notariato*, 1970, pp. 291 ss.). Inoltre, si veda sulla questione, A. FALZEA, *Apparenza* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 689 ss., il quale, per primo, elaborò in modo compiuto le categorie dell'apparenza pura e di quella colposa. Tale distinzione, a partire dagli anni '50, ebbe un grande successo in giurisprudenza e diventò l'orientamento dapprima maggioritario e ad oggi quasi unanime. Infatti, permane, ancora qualche isolata pronuncia che ammette esclusivamente l'esistenza del solo principio di apparenza pura. In questo senso, si veda, da ultima, Cass., Sez.

nosce la sussistenza di un principio generale di apparenza, pur non mancando posizioni minoritarie orientate a dare rilevanza esclusiva all'apparenza pura¹⁸, ammette perlopiù l'*analogia legis* della normativa sull'apparenza solo in presenza di un comportamento doloso o colposo del *dominus*¹⁹.

Tale forma di "legittimazione formale" troverebbe un limite relativo nei regimi di pubblicità. Infatti l'*apparentia iuris* sarebbe da riconnettere a un'esigenza di tutela della buona fede, finalità che risulterebbe soddisfatta laddove il rapporto negoziale fosse oggetto di un regime di pubblicità. La dottrina sulla questione ha evidenziato che devono essere assicurate alle apparenze «una rilevanza tanto maggiore quanto più imperfetto è il sistema dei mezzi di pubblicità, mentre invece un adeguato sistema di pubblicità riduce i limiti

III, 13 dicembre 2004, n. 23199, consultabile in *Corr. giur.*, 2006, pp. 81 ss., secondo la quale «in ipotesi di rappresentanza apparente, chi invoca la propria incolpevole aspettativa deve fornire esclusivamente la prova di aver confidato senza colpa nella situazione apparente; non occorre, invece, l'ulteriore elemento costituito dal comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l'apparenza, poiché la posizione giuridica di colui al quale la situazione giuridica appare, senza sua colpa, esistente, deve essere tutelata, nel conflitto di interessi contrapposti, anche senza ed indipendentemente dal concorso di un simile elemento».

¹⁸ G. CASSANO, *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contr.*, 2003, p. 77, secondo cui «non ha senso, pertanto, postulare un ulteriore elemento, e cioè un comportamento colposo del creditore effettivo, quando il concetto di apparenza designa, per tutte le ipotesi, una situazione di fatto cui non corrisponde quella di diritto e tuttavia in presenza di determinate circostanze obiettive ed univoche produce i medesimi effetti giuridici del corrispondente stato di diritto». In questo senso, vedi anche P.L. CARBONE, *Pagamento al rappresentante apparente del creditore: apparenza obiettiva o colpevole?*, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 759 ss.

¹⁹ Per approfondire la questione, si vedano, tra gli altri, R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in R. SACCO (a cura di), *Tratt. dir. civ., La parte generale del diritto civile*, Torino, 2005, pp. 63 ss.; M. BESSONE, M. DI PAOLO, *Apparenza* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1. ss., i quali ritengono che l'apparenza pura si presenterebbe come un fatto oggettivo tutelato dall'ordinamento giuridico in sé e per sé, in esso la buona fede non sarebbe elemento essenziale, essa non costituirebbe una fattispecie autonoma ma si inserirebbe in un negozio giuridico, rispetto al quale l'affidamento resterebbe elemento costitutivo della fattispecie, ma senza nessuna portata generalizzatrice. Tale apparenza sarebbe distinta dall'errore in quanto consisterebbe in un fenomeno oggettivo, al quale potrebbe o meno accompagnarsi un fenomeno soggettivo qual è l'errore. Mentre nell'apparenza colposa, l'affidamento ragionevole del destinatario dell'atto o del comportamento o dell'omissione diventerebbe il momento fondamentale, per cui l'ordinamento rinuncerebbe agli indici esterni di pubblicità per dare rilevanza ai fatti interni che avrebbero mosso un soggetto verso una direzione ad esso pregiudizievole. Conseguentemente, l'apparenza "pura" sarebbe un fatto oggettivo, che opera *erga omnes*; mentre l'apparenza colposa sarebbe suscettibile di applicazione analogica nel caso in cui si verificassero: una condotta imputabile e un affidamento incolpevole e pregiudizievole.

entro i quali deve attribuirsi rilevanza a situazioni apparenti», per cui in presenza di un adeguato sistema di pubblicità, non sarebbe scusabile l'errore di chi ha fatto affidamento in una situazione apparente²⁰. Tuttavia la giurisprudenza più recente ritiene che l'apparenza potrebbe essere applicata anche laddove il collegamento tra il rapporto negoziale e la trascrizione nei registri immobiliari fosse solo mediato: la situazione che risulterebbe dai pubblici registri non verrebbe in rilievo direttamente, ma solo come presupposto di una fattispecie complessa, rilevante autonomamente²¹. Fin da ora, occorre rilevare che tali affermazioni hanno determinato, come vedremo, l'estensione dell'applicazione giurisprudenziale dell'apparenza colposa anche alle ipotesi di *falsus procurator* di società di capitali, di società di persone o di cooperative.

2. Una parte minoritaria della giurisprudenza²² ha utilizzato l'art. 1189 c.c., che fa riferimento nella rubrica al creditore apparente²³, ammettendo l'effetto liberatorio a vantaggio anche di chi effettua l'adempimento al rappresentante apparente, richiamando il testo della disposizione che si riferisce all'apparente legittimato. Pertanto, secondo questa interpretazione, l'art. 1189 c.c. andrebbe letto alla luce dell'art. 1188 c.c.²⁴, che individua tra i soggetti legittimati ad ottenere il pagamento anche il rappresentante apparente, assimilandolo al creditore apparente, ed escludendo che possa essere trattato diversamente²⁵. Il limite di questa interpretazione sta nel

²⁰ M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 374.

²¹ *Ex multis*, Cass., Sez. II, 16 novembre 1984, n. 5818, in *Arch. loc.*, 1985, pp. 285 ss.

²² Tra le altre, Cass., Sez. III, 13 dicembre 2004, n. 23199, consultabile in *Corr. giur.*, 2006, pp. 81 ss.

²³ Per approfondire la questione dell'adempimento al creditore apparente, oltre i limiti della presente trattazione, si veda, tra gli altri, A. FALZEA, *Apparenza* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 685 ss., il quale sostiene che il creditore apparente non è quel soggetto a cui il terzo erroneamente attribuisce la qualifica di creditore, ma è solo quel soggetto che situazioni oggettive inducono a ritenere effettivo titolare di tale qualità.

²⁴ Ai sensi dell'art. 1188 c.c. «il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante, ovvero alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo. Il pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo libera il debitore, se il creditore lo ratifica o se ne ha approfittato».

²⁵ In tal senso, tra gli altri, V. DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996, pp. 248 ss., che sottolinea l'instabilità dell'elemento della colpa imputabile al rappresentato, evidenziando la fragilità di un ragionamento incentrato esclusivamente sulla soggettività giuridica. Vedi anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1984, pp. 310 ss.; C.A. CANNATA, *L'adempimento delle obbligazioni*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1984, pp. 93 ss.; in giurisprudenza, vedi, tra le altre, Cass., Sez. II, 25 febbraio 2002, n. 2732, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 754 ss.

traslare i principi applicabili in materia di creditore apparente ex art. 1189 c.c. allo pseudo rappresentante, laddove si tratta di situazioni assolutamente difformi. Nell'ipotesi di cui all'art. 1189 c.c. si configura un'apparenza relativa alla titolarità del diritto, mentre, nel caso della pseudo rappresentanza, l'apparenza concerne la legittimazione a disporre di esso. In altre parole, nel primo caso siamo di fronte a un'ipotesi in cui è incerta la persona del creditore, mentre nella seconda ipotesi, invece, la persona del creditore è certa e la fattispecie è espressamente disciplinata dall'art. 1188 c.c. Pertanto, mancando gli elementi propri dell'art. 1189 c.c. e non essendo presente alcuna lacuna normativa, non sembra percorribile l'ipotesi di utilizzare un'applicazione estensiva o analogica della disposizione sul creditore apparente. Questa interpretazione estensiva pone un problema ulteriore: infatti rende necessario il ricorso alla nozione di rappresentanza in senso tecnico per porre in essere anche semplici atti giuridici non negoziali; viceversa si escluderebbe *a priori* la supposta applicazione analogica dei principi di cui all'art. 1189 c.c.²⁶

Inoltre nella rappresentanza l'apparenza, a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 1189 c.c., «gioca a favore del creditore e contro il presunto debitore, con una sorta di inversione delle posizioni delle parti»²⁷. In caso contrario si realizzerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva del rappresentato, con la conseguenza che «nessuno potrebbe andare esente dal timore di essere inopinatamente vincolato a contratti che non si è mai sognato di perfezionare soltanto a cagione dell'abile condotta recettiva di un sedicente procuratore e della dabbennaggine di un terzo»²⁸.

²⁶ In questo senso, tra gli altri, N. GASPERONI, *Apparenza del diritto e fenomeno rappresentativo nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, pp. 635 ss. In senso contrario, per cui vi sarebbe un'identità di ratio tra il pagamento al creditore apparente e il pagamento al rappresentante apparente che consentirebbe un'applicazione della disciplina di cui all'art. 1189 c.c. a quest'ultima ipotesi, fra le altre, Corte di Cassazione civile, Sezione II, 25 febbraio 2002, n. 2732, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 754 ss.; Cass., Sez. II, 7 maggio 1992, n. 5436, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 2680 ss.

²⁷ G. CECCHERINI, *Apparenza di rappresentanza e responsabilità del "dominus"*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1504. Inoltre, secondo V. Di GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996, p. 155, nella rappresentanza apparente si pone una problematica «di riferibilità al titolare reale degli effetti conseguenti agli atti di disposizione di un diritto (mediante contratto) compiuto da chi all'esterno appare non titolare apparente di quel diritto, ma dotato del potere di disporne».

²⁸ D. MINUSSI, *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 826. In questo senso vedi anche F. MANCUSO, *La buona fede del terzo nella rappresentanza apparente*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, pp. 565 ss.

Un'altra parte della giurisprudenza²⁹ e della dottrina³⁰ fa leva sull'iniquità che si realizzerebbe dando rilevanza a una responsabilità oggettiva dello pseudo rappresentato. Ritiene dunque che, nel caso del rappresentante apparente, sia necessario un *quid pluris* rispetto ai requisiti richiesti nell'apparenza pura. Infatti la fattispecie in esame rappresenterebbe un'ipotesi di apparenza colposa, che, come abbiamo detto, richiederebbe, oltre la buona fede oggettiva e l'affidamento derivanti da condizioni univoche ed obiettive, anche il concorso doloso o colposo del rappresentato.

Tale criterio avrebbe la valenza di un principio dogmatico e si affiancherebbe al rimedio risarcitorio previsto dall'art. 1398 c.c. a garanzia del terzo. Infatti quest'ultimo rimedio non viene ritenuto sufficiente dai fautori dell'orientamento in esame, in quanto diretto al risarcimento dei danni nella misura esclusiva dell'interesse negativo.

Sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ha esteso l'applicabilità del presunto principio dell'apparenza colposa anche agli enti³¹.

In particolare, per quanto concerne le associazioni non riconosciute, non essendo richieste le forme di pubblicità, per il conferimento del potere di rappresentanza, imposte agli altri enti, non si sono ravvisate, a detta della giurisprudenza maggioritaria, ragioni ostative all'applicabilità del regime dell'apparenza colposa³². Pertanto, dell'obbligazione assunta nei confronti del terzo risponderebbero sia l'associazione che il rappresentante apparente, salvo poi, riconoscersi sul piano interno, la responsabilità di quest'ultimo nei confronti sia dell'associazione che dei singoli associati.

A nostro avviso, tuttavia, tale orientamento non è condivisibile, stante che si deve escludere l'applicabilità del regime di responsabilità sovra

²⁹ *Ex multis*, Trib. Vicenza, 26 giugno 2014, consultabile *on line*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Trib. Monza, 12 settembre 2007, consultabile *on line*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Cass., Sez. II, 9 marzo 2012, n. 3787, consultabile *on line*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

³⁰ Cfr. M. MULLACE, *Rappresentanza apparente: la responsabilità del "dominus" apparente*, in *Contr.*, 1998, pp. 453 ss.; G. STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, in *Giur. it.*, 1976, pp. 797 ss.

³¹ Cfr. tra le molte, Cass., Sez. III, 9 luglio 2001, n. 9298, in *Contr.*, 2002, pp. 241 ss.; Cass., Sez. II, 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, pp. 106 ss.; Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 1012 ss. Per approfondire la questione della rappresentanza apparente in materia di enti si veda, tra gli altri, F. PAROLA, *La rappresentanza apparente*, in *Obbl. e contr.*, 2005, pp. 246 ss.

³² Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. lav., 16 maggio 2000, n. 6350, in *Nuova giur. comm.*, 2001, pp. 280 ss.

menzionato in presenza di un falso rappresentante, visto che l'art. 38 c.c.³³ opera solo in presenza di un effettivo potere di rappresentanza³⁴.

Valutazioni diverse da quelle della giurisprudenza maggioritaria dovrebbero riguardare le società di capitali, le società di persone, le cooperative e le associazioni riconosciute in quanto per esse è previsto un particolare sistema di pubblicità ai fini del conferimento dei poteri di rappresentanza. Infatti, come anticipato, l'apparenza del diritto, secondo la dottrina maggioritaria³⁵, avrebbe la funzione di porre un rimedio alle carenze del sistema pubblicitario.

Ciononostante, la “*vis* espansiva” del principio in esame ha travolto il suddetto “argine” della pubblicità, manifestandosi sempre di più quale espressione di un inammissibile potere di controllo della giurisprudenza sulle scelte del Legislatore.

Difatti, la giurisprudenza, seppur inizialmente aveva ritenuto non applicabile, il presunto principio dell'apparenza del diritto, a tali enti stante il regime di pubblicità predisposto per essi³⁶. In seguito, ha mutato convincimento, ammettendo, anche in questo caso, l'applicabilità dell'apparenza colposa, per cui la mancata verifica dei pubblici registri da parte del terzo, costituirebbe solo un elemento da valutare, insieme ad altri, ai fini dell'accertamento di una sua eventuale condotta colposa³⁷.

Inoltre, questo orientamento che fa leva sul presunto principio di apparenza colposa, richiedendo il concorso colposo o doloso del *dominus*, prevede quindi un elemento estraneo al disposto normativo e si discosta dallo

³³ L'art 38 c.c. recita testualmente: «per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione».

³⁴ In questo senso M. BASILE, *Sull'efficacia dell'assunzione di un lavoratore di un sindacato compiuta dal dirigente periferico privo del potere di rappresentarlo*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, pp. 281 ss. Si veda anche Cass., Sez. lav., 2 agosto 2003, n. 11772, consultabile *on line* in <http://www.iusexplorer.it>, che rappresenta un'isolata pronuncia giurisprudenziale che aderisce all'orientamento da noi sostenuto.

³⁵ In questo senso, *ex multis*, R. SACCO, *Affidamento* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 660 ss.; M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, pp. 374 ss.

³⁶ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. lav., 1 ottobre 1997, n. 9594, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, pp. 248 ss.; Cass., Sez. II, 17 marzo 1975, n. 1020, in *Foro it.*, 1975, pp. 2267 ss.; Cass., Sez. III, 3 marzo 1994, n. 2123, in *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 23 ss.

³⁷ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. I, 19 settembre 1995, n. 9902, in *Corr. giur.*, 1996, pp. 671 ss.; Cass., Sez. III, 9 luglio 2001, n. 9298, in *Contr.*, 2002, pp. 241 ss.; Cass., Sez. II, 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, pp. 106 ss.; Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 1012 ss.

stesso schema del principio dialettico dell'*apparentia iuris*. Infatti, in questo caso, la figura dell'apparenza colposa non ha nessuna ragione di esistere, in quanto non vi è alcuna lacuna da colmare: il principio di fonte legislativa in esame non richiede alcun concorso colposo o doloso del rappresentato che legittimi la tutela dell'affidamento. Addirittura verrebbe così configurata una regola che si sostituisce alla normativa esistente. Infatti le norme sull'apparenza fanno esclusivamente riferimento a ipotesi specificatamente codificate e a fattispecie connotate da precisi caratteri (apparenza pura, affidamento e buona fede oggettiva), mentre non citano mai l'elemento del dolo o della colpa del *dominus*.

Inoltre l'apparenza del diritto non può essere considerata un principio generale dogmatico o comunque non è suscettibile di applicazione analogica, perché ha carattere eccezionale. Si tratta di un'ipotesi in deroga al principio più generale per cui il negozio non dovrebbe incidere sulle condizioni patrimoniali dei terzi, di cui all'art. 1372 c.c., 2° comma, secondo il quale «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge». Per di più l'apparenza del diritto costituisce anche una deroga al principio della certezza dei rapporti giuridici. Tali principi non possono essere sacrificati a vantaggio della speditezza dei traffici giuridici, in quanto in tal modo si sacrificerebbe la sicurezza dei diritti³⁸.

In questo contesto può essere opportuno fare riferimento a quella parte di dottrina³⁹ che ritiene l'apparenza del diritto un'espressione di un

³⁸ Cfr. A. SEGNI, *Osservazioni in tema di erede apparente*, in *Foro it.*, 1935, p. 105, il quale ritiene che «le ragioni del sacrificio sull'altare dell'apparenza sono sempre quelle della protezione degli interessi della generalità: in alcuni o molti casi, il conflitto si riduce, in ultima analisi, all'individuale contrasto tra colui che si fonda sulla realtà ed un terzo, di una buona fede più o meno presunta! Sacrificare quello a questo risponde non ad interessi generali ma a criteri particolari al caso, determinati dal legislatore, perché tra i due interessi il più degno di tutela è, in linea generale, quello di chi si fonda sulla realtà; e quindi del vero titolare, il quale non ha dato causa al sorgere dell'apparenza, e che pure la legge in taluni casi sacrifica. Questa deviazione dal principio normale del rispetto alla personalità e libertà di volere del titolare del diritto accentua l'eccezionalità delle norme che si vogliono ispirate al principio dell'apparenza». Sulla questione si veda anche N. GASPERONI, *Apparenza del diritto e fenomeno rappresentativo nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 623, che sostiene testualmente: «le (scarse) norme in cui il legislatore mira espressamente ad una tutela dei diritti acquistati in base ad una situazione apparente hanno carattere di relatività e di anomalia rispetto al sistema; esse sono da considerarsi norme di eccezione, che possono avere qualche affinità, ma sono assolutamente prive di un fondamento giuridico unitario; costituiscono uno *ius singolare*, non passibile di applicazione analogica».

³⁹ Cfr. L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, pp. 318 ss.

principio generale del diritto ascrivibile tra i cosiddetti principi dialettici. Questi ultimi, a differenza di quelli dogmatici, non hanno l'efficacia di norme giuridiche e pertanto non producono direttamente soluzioni giuridiche. I principi dialettici derivano da norme particolari e non si possono generalizzare come i principi dogmatici, ma possono solo costituire spunti per l'interpretazione, per l'*analogia legis* o anche per l'elaborazione di principi dogmatici, una volta che si accerti la loro coerenza sistemica. Prendendo le mosse da queste considerazioni, alcuni autori hanno evidenziato come «ci si è serviti di un principio dialettico per ricavare da esso una nuova norma, come se si trattasse di un principio dogmatico: ma poiché [...] siamo in presenza di una struttura dialettica [...], i giudici né si sono limitati a dedurre né hanno semplicemente promosso una interpretazione, tra quelle possibili, di una data norma ma hanno creato *ius novum*, nella sostanza azzerando la diversità di regime tra le due forme di rappresentanza. Si tratta [...] di un arbitrio assoluto, consumatosi in danno della regola di diritto comune»⁴⁰.

Pertanto applicare la disciplina di una fattispecie normativa a delle ipotesi da essa difforni è contrario agli stessi principi basilari del nostro ordinamento giuridico. Come si è visto, dunque, se si tiene conto che non è presente alcuna lacuna normativa, non può essere facilmente compreso né condiviso questo orientamento dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Il rimedio apprestato dal Legislatore in caso di *falsus procurator* consiste nella tutela risarcitoria, strumento che realizza un contemperamento tra l'interesse alla libertà negoziale e quello alla tutela dell'affidamento, mentre nell'ipotesi di creditore apparente il Legislatore ha previsto la conservazione degli effetti del contratto. Conseguentemente nelle fattispecie regolate dal codice il contemperamento degli interessi coinvolti è stato già operato dal Legislatore. Nel caso di difetto di rappresentanza siamo di fronte a una precisa scelta del Legislatore, che prevede l'invalidità del negozio e un rimedio a garanzia dell'affidamento incolpevole del terzo contraente in buona fede, consistente nell'inefficacia del negozio e nel diritto al risarcimento del danno subito. Il principio di apparenza, laddove fosse suscettibile di un'applicazione analogica, comporterebbe un inammissibile sacrificio del *dominus* che si troverebbe a subire un'invasione della sua sfera giuridica, in mancanza di una sua precisa volontà e sulla base di condotte ad esso estranee, con una ingiustificabile prevalenza dell'apparenza sull'inesistenza della rappresentanza. Pro-

⁴⁰ L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 835.

prio l'inesistenza, peraltro, giustifica la presenza nel codice della figura del *falsus procurator* ex art. 1398 c.c.⁴¹ nonché l'esigenza della ratifica di cui all'art. 1399 c.c.⁴² A nostro avviso, pertanto, l'apparenza colposa non trova riscontro né nelle specifiche norme sull'apparenza né nei presunti principi dogmatici.

Nel tentativo di eludere obiezioni simili a quelle avanzate qui, la dottrina ha cercato nel corso del tempo di individuare delle argomentazioni che potessero giustificare l'applicazione della normativa sull'apparenza al rappresentante apparente, con conseguente conservazione degli effetti del negozio. Un orientamento sostiene che sussisterebbe una responsabilità extracontrattuale del rappresentato apparente, per alcuni autori ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁴³ (se viene ritenuta necessaria la sussistenza di un elemento soggettivo) e per altri ex art. 2049 c.c.⁴⁴ (se si reputa sufficiente accertare un semplice collegamento tra l'attività del rappresentante apparente e quella dello pseudo rappresentato). Un secondo orientamento, invece, fa riferimento a una responsabilità precontrattuale dello pseudo rappresentato ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. per violazione della buona fede e della correttezza nelle fasi antecedenti alla stipulazione di un contratto⁴⁵.

⁴¹ L'art. 1398 c.c. recita testualmente: «colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto».

⁴² L'art. 1399 c.c. stabilisce che «nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso. La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi. Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica. Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata. La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi».

⁴³ Secondo G. FERRERO, *Appunti in tema di apparenza giuridica*, in *Giust. civ.*, 1965, p. 192, il ricorso all'art. 2043 c.c. realizza il «vantaggio di vincere [...] la resistenza apposta all'ammissione di un principio generale della tutela dell'apparenza». In questo senso vedi anche F. BENATTI, *Contratto concluso dal "falsus procurator" e responsabilità del dominus*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, pp. 335 ss.

⁴⁴ Cfr. M. BESSONE, *Apparenza del potere di rappresentanza e responsabilità verso i terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 384, secondo cui «per lo più i negozi stipulati dal rappresentante fittizio rientrano nella sfera di attività economica del preteso rappresentato. Ora, in questi casi, mi sembra che potrebbe ragionevolmente trovare applicazione l'art. 2049 c.c. tutte le volte che A, pur non essendo vero e proprio commesso di B, avesse compiuto atti funzionali all'attività economica organizzata facente capo a B». In tal senso vedi anche E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, pp. 311 ss.

⁴⁵ Cfr. R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, pp. 82 ss.; C. TRANQUILLO, *Fondamento, limiti e tendenze del principio di apparenza in materia di rappresentanza*, in *Giur. it.*, 1996, p. 432 ss.

Tali affermazioni, tuttavia, garantiscono una tutela del terzo limitata al solo interesse negativo e, pertanto, non giustificerebbero la conservazione del negozio posto in essere dall'apparente rappresentante. Un ultimo orientamento afferma che la responsabilità derivante dalla condotta colposa o dolosa del *dominus* possa dare luogo a un risarcimento in forma specifica che comporterebbe l'opponibilità del contratto stipulato dall'apparente rappresentante allo pseudo rappresentato⁴⁶.

Anche tali osservazioni, però, presentano delle incongruenze. In primo luogo il risarcimento in forma specifica è un rimedio teso a ripristinare una situazione precedente alla creazione del danno e non è applicabile al caso di specie, perché la situazione antecedente alla realizzazione dell'apparenza dannosa è quella di un soggetto che non ha stipulato alcuna convenzione; viceversa nel caso in esame si andrebbe a costituire una condizione nuova. In secondo luogo il rimedio satisfattivo in esame è alternativo al risarcimento per equivalente sulla base di una valutazione del giudice, mentre nel caso di specie dipenderebbe da una scelta del terzo. Per di più non è chiaro quale sia la posizione giuridica soggettiva oggetto di lesione che giustificerebbe l'applicazione dell'art. 2043 c.c.

Per quanto concerne l'utilizzabilità dell'art. 2049 c.c., anche essa non risulta ammissibile: tale disposizione presuppone un vincolo di subordinazione o di dipendenza non ravvisabile nell'attività prestata dall'agente o dal procacciatore di affari⁴⁷. Va anche evidenziato che l'art. 1337 c.c. «obbliga le parti a comportarsi secondo buona fede durante la fase che precede la conclusione del contratto, ma non impone ad un soggetto diverso di intervenire nelle trattative che altri stanno svolgendo»⁴⁸.

Un'altra parte della dottrina ritiene che nel comportamento colposo del *dominus* sia ravvisabile una legittimazione, mediante fatti univoci e conclusivi, della condotta del rappresentante diretta a ingenerare un ragionevole affidamento nel terzo e corrispondente a una procura tacita per *facta concludentia*⁴⁹. Anche tale orientamento non è del tutto condivisibile. Infatti una

⁴⁶ Cfr. D. DE GIORGI, *Concorso del fatto colposo del creditore e apparenza del diritto*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 537 ss.; R. MICCIO, *Legittimazione e rappresentanza nel caso del creditore apparente*, in *Foro it.*, 1953, pp. 1477 ss.

⁴⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 281 ss.; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 415 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 178 ss.

⁴⁸ S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 151.

⁴⁹ Cfr. R. PECCANTI, *Riflessioni sull'apparenza giuridica nella rappresentanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, pp. 790 ss.; V. DI GREGORIO, *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996, pp. 194 ss.

procura tacita, per poter essere definita tale, postula la sussistenza di una volontà che realizzi un effettivo conferimento della potestà rappresentativa. La valutazione positiva, da cui si può desumere la volontà, deve avvenire in base a circostanze univoche e concludenti. Nella rappresentanza apparente, però, tale legittimazione è solo illusoria. In più l'eventuale tolleranza dello pseudo rappresentato subentra in una fase successiva rispetto all'inizio dell'attività negoziale da parte del rappresentante apparente, mentre un conferimento tacito di procura deve avvenire prima dell'inizio dell'attività negoziale⁵⁰.

Alcuni autori, invece, sostengono che si dovrebbe fare riferimento a un generico principio di autoreponsabilità che costituirebbe una deroga alla teoria della volontà in funzione sanzionatoria, secondo il quale chi pone in essere o dà causa all'immissione di dichiarazioni risponde delle conseguenze di queste⁵¹. Tale principio esulerebbe, secondo l'opinione maggioritaria, dal dolo o dalla colpa del *dominus* e anche dalla violazione di doveri posti a tutela di interessi altrui. A nostro avviso, anche tale orientamento presuppone un'arbitraria espansione della responsabilità del *dominus* che non trova conferma in alcun dato normativo. Il nostro ordinamento prevede già dei rimedi codificati, e in particolare la responsabilità del *falsus procurator* ex art. 1398 c.c. e quella dello pseudo rappresentato. Questa deriva da un'eventuale responsabilità precontrattuale, ex artt. 1337 e 1338 c.c., non deve superare il limite dell'interesse negativo ed è subordinata alla violazione degli obblighi di buona fede e di correttezza nello svolgimento delle trattative⁵². Pertanto,

⁵⁰ In questo senso S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 62. Eventualmente, la sussistenza di una procura tacita potrebbe configurarsi solo in presenza di condotte dolose e precedenti all'attività del rappresentante, poste in essere dal rappresentato.

⁵¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1984, pp. 21 ss.; P.L. CARBONE, *Il comportamento delle parti tra apparenza e affidamento*, in *Giur. it.*, 1993, pp. 1043 ss. Sulla questione si veda anche S. PUGLIATTI, *Autoreponsabilità* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 454, il quale evidenzia, in tema di autoreponsabilità, che «comunque si intenda profilarlo, si può essere certi che alla base del concetto di responsabilità sta l'idea di libertà, sì che tra i due termini è presupposto un certo rapporto. Anche in ordine all'(auto)responsabilità occorre sì presupponga il medesimo rapporto. Si può, perciò, affermare che l'inquadramento sistematico del concetto di autoreponsabilità risulti, nei suoi termini massimamente generici, dal rapporto tra la libertà, quale possibilità di prendere una data iniziativa per assumere un dato contegno rispetto ad un determinato interesse proprio, e la responsabilità relativa».

⁵² Com'è noto, la responsabilità precontrattuale, presuppone che il contratto non sia stato concluso o comunque non validamente perfezionato. Essa può configurarsi sia in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle trattative, per cui se lo svolgimento di queste ultime è tale da determinare un affidamento ragionevole sulla conclusione del contratto, la parte che violi l'obbligo di comportarsi

anche in questo caso non c'è un vuoto legislativo da colmare e non si può sostituire la volontà del Legislatore con creazioni dottrinali.

3. Risulta dunque inapplicabile nel caso di specie un presunto principio di autoresponsabilità slegato dalla colpa del *dominus*, in quanto si estenderebbe oltre ogni confine la discrezionalità dell'organo giudicante, con una grave violazione del principio di certezza dei rapporti giuridici. A ben vedere, l'autoresponsabilità, così configurata, corrisponderebbe ad un applicazione generalizzata della cosiddetta apparenza pura, che risulterebbe gravemente lesiva della posizione del *dominus*: questi si troverebbe assoggettato, al di fuori di ogni previsione normativa, ad effetti di atti in cui non è presente una sua responsabilità neanche in forma omissiva.

Altri hanno ricondotto la rappresentanza apparente a una procura tacita simulata per accordo tra il dichiarante e il destinatario, visto che si tratta di un atto unilaterale recettizio, con la conseguenza che troverebbero applicazione gli artt. 1415 e 1416 c.c., che prevedono l'inopponibilità della simulazione ai terzi in buona fede⁵³. Anche questa ipotesi non risulta convincente. Va rilevato infatti non solo che la simulazione richiede la buona fede soggettiva del terzo (da intendersi quale ignoranza dell'esistenza dell'accordo simulatorio) e la preesistenza di un negozio simulato, ma anche che in essa l'affidamento riguarda il negozio simulato e non la titolarità del potere rappresentativo, come accade invece nel caso dell'apparenza.

Nell'intento di giustificare la vincolatività del negozio stipulato dallo pseudo rappresentante, alcuni hanno ritenuto applicabili per analogia gli artt. 1394 e 1396, 1° comma, che, stante la loro finalità di tutela dell'affidamento del terzo, impediscono che si possano opporre a quest'ultimo la modifica o la revoca della procura nel caso in cui il presunto rappresentato non abbia provveduto ad informarlo adeguatamente⁵⁴. Tuttavia gli articoli citati a sostegno di questa argomentazione, che si dovrebbero applicare analogicamente al negozio stipulato dallo pseudo rappresentante, concernono invece delle fattispecie di natura negoziale, laddove il negozio stipulato dallo pseu-

secondo buona fede, è tenuto nei confronti dell'altra parte al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo. In questo senso, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Condizioni generali del contratto* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, pp. 370 ss.

⁵³ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, pp. 393 ss.

⁵⁴ Cfr. G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in F. GALGANO, V. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, pp. 307 ss.

do rappresentante ha natura extracontrattuale, visto che in mancanza di ratifica è inesistente⁵⁵.

In conclusione non riteniamo che sia presente nel nostro ordinamento giuridico un principio dogmatico di apparenza del diritto, né che le norme sull'apparenza siano suscettibili di applicazione analogica, né che creazioni dottrinali e/o giurisprudenziali possano sostituire le previsioni normative in materia di *falsus procurator*. La figura dell'apparenza colposa o altre costruzioni scientifiche dottrinali che producono i medesimi effetti si distaccano anche dal principio dialettico di *apparentia iuris*. Quest'ultima non richiede un concorso colposo o doloso del *dominus*. Simili interpretazioni manifestano un atteggiamento sanzionario che, a ben vedere, sembra richiamare una responsabilità solidale del *dominus* non limitata all'interesse negativo, che non trova alcun riscontro normativo e non va a colmare una lacuna legislativa, ma di fatto finisce per sostituire il rimedio normativo, di cui all'art. 1398 c.c., che attribuisce alla fattispecie *de quo* una compiuta disciplina.

ROBERTO CARMINA

Abstract

Con la presente trattazione prenderemo in esame la *vexata quaestio* dell'apparenza del diritto. In particolare si valuterà l'ammissibilità dell'apparenza pura e di quella colposa in materia di rappresentanza.

The paper examines the *vexata quaestio* of colour of law. In particular, the author analyzes the lawfulness of apparent agency both with regard to "apparenza pura" and "apparenza colposa".

⁵⁵ M. TAMMARO, *Apparenza del diritto e contratto concluso dal falsus procurator*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 202.